

SOBRE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS *

Rafael de Asís Roig

Universidad Carlos III de Madrid



N un reciente trabajo, Luis Aguiar se ha referido al problema de los límites de los derechos fundamentales, entendiendo por límites, «toda acción jurídica que contrarie o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyan el contenido de los citados derechos», y por derechos fundamentales, los contenidos en el capítulo II del título I de la Constitución¹. En estas breves páginas utilizaré una noción más amplia de límites (aunque ciertamente el citado autor parece ampliar la suya a lo largo de su trabajo haciendo referencia a los límites intrínsecos) y de derechos (incluyendo también los contenidos en el capítulo III del título I de la Constitución).

Describiré varios grupos de límites que inciden en el concepto y configuración de los derechos fundamentales y que relativizan algunos tópicos

* Agradezco a los profesores Gregorio Peces-Barba y Javier Ansuátegui sus comentarios y sugerencias.

¹ L. AGUIAR DE LUQUE: «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, p. 10.

utilizados comúnmente para su caracterización. El problema de los límites de los derechos suele plantearse exclusivamente en relación con su titularidad o su ejercicio. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, desde los diferentes intentos de configuración conceptual, los derechos fundamentales aparecen con una serie de límites.

Límites de la aproximación a los derechos

Tres enfoques pueden ser destacados a la hora de plantearse un concepto de los derechos: iusnaturalista, positivista y dualista ².

El primero de los planteamientos puede ser descrito, siguiendo a Nino, por la defensa de dos tesis: una ética y otra jurídica. Según la primera, existen «principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana». La tesis jurídica supone afirmar que «un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia» ³. Para este modelo de aproximación, los derechos se identificarían con los principios morales, por lo que la validez del Derecho se haría depender de su reconocimiento.

El positivismo se caracteriza, siguiendo en esta ocasión el análisis de Bobbio, por mantener que sólo es Derecho el Derecho positivo ⁴. En este sentido, y en relación con los derechos, una aproximación positivista mantendría que para hablar de derechos fundamentales estos tendrían que estar incorporados al Ordenamiento jurídico, siendo ésta la única exigencia. Así, en general, esta aproximación no se pronunciaría en el ámbito ético, si bien, existe un modelo positivista que sí que adopta una determinada postura en ese ámbito. Se trata del positivismo ético extremo, siguiendo la terminología de Bobbio ⁵. Para este planteamiento, el Derecho por el simple hecho de ser válido es justo ⁶.

² La lista no es exhaustiva. Así por ejemplo, puede hablarse de otros enfoques como el del realismo o incluso lo que podríamos denominar, tal vez incorrectamente, como trialismo tridimensional. Sin embargo, ambos no son otra cosa que la especificación de algunos de los modelos apuntados.

³ C. S. NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 28.

⁴ Vid. N. BOBBIO: *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

⁵ Vid. *El positivismo jurídico*, cit., pp. 227 y ss.

⁶ Ciertamente la distinción con el planteamiento iusnaturalista continúa en cuanto que para este positivismo, lo ético no es representativo a la hora de definir el Derecho (aunque éste exprese siempre lo correcto desde un punto de vista ético).

Una primera reflexión parece necesaria antes de entrar en las limitaciones de estos dos enfoques que tradicionalmente se han presentado como contrapuestos. Si nos fijamos en el sentido general de ambos modelos de aproximación veremos cómo pueden llegar a coincidir. En efecto, el iusnaturalismo defiende la existencia de principios morales objetivos que provienen de diferentes fuentes (según el tipo de iusnaturalismo). En este sentido, cabe sostener un planteamiento iusnaturalista que sitúe como fuente de los principios, y, por tanto, de los derechos, al consenso social. Por su parte, puede describirse un planteamiento positivista que identifique el Derecho con la idea de lo justo, y que proyecte su análisis en un Derecho fruto de un sistema democrático. Esta posición vendría también a identificar al consenso social como la fuente de los principios (y por tanto de los derechos) ⁷.

En cualquier caso, ambos planteamientos presentan problemas a la hora de abordar el estudio de los derechos. El iusnaturalismo, que en la historia de los derechos ha desempeñado un papel crucial, es irreal; no sirve para alcanzar un concepto integral de estas figuras ⁸. Y lo mismo cabe decir del modelo positivista. La reducción del estudio de los derechos al plano exclusivamente jurídico presenta también problemas. Aunque desde el punto de vista jurídico es claro que difícilmente podrán negarse los postulados positivistas, conviene no separar de forma tajante Derecho y sociedad, pero sobre todo, tener en cuenta también la justificación de los derechos.

Existe un tercer modelo de aproximación a los derechos mantenido por el dualismo ⁹, que supone una vía intermedia entre iusnaturalismo y positivismo. Para el dualismo, los derechos son instrumentos jurídicos que poseen un referente ético. Se trata de pretensiones morales justificadas que han sido incorporadas al Ordenamiento jurídico. Así, para el dualismo es imposible comprender los derechos sin hacer alusión a estas dos perspectivas.

⁷ Lo mismo ocurriría respecto a un iusnaturalista para quien lo justo fuese dictado por una autoridad X, y un positivista en relación con un Derecho dentro de un sistema dictatorial dirigido por la autoridad X. De ahí que como ya señaló Nino, la primera tesis identificadora del iusnaturalismo no sirva para diferenciar a éste del positivismo. *Vid. Ética y Derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 16. Esta relación entre positivismo y iusnaturalismo se proyecta en otros temas, como por ejemplo el de la obediencia. En efecto, ambos planteamientos coincidirían en afirmar la obligación de obedecer al Derecho válido. La única distinción radicaría en su consideración sobre la validez (cuando un Derecho es válido). No obstante, incluso desde esta perspectiva, como ya hemos apuntado, podrían llegar a coincidir también (aunque ciertamente no en las razones).

⁸ *Vid. G. PECES-BARBA: Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1991, pp. 35 y ss.

⁹ Es el propugnado por G. PECES-BARBA, en *Derechos fundamentales*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

La aproximación dualista parece ser la mejor a la hora de describir el significado de los derechos. Sin embargo, no está exenta de problemas. Citaré dos, de indudable importancia. El primero de ellos, guarda relación con los ya apuntados en el breve análisis del positivismo y del iusnaturalismo, y puede formularse con la pregunta: ¿Cuál es el plano que prima? La pregunta puede no tener sentido en relación con problemas menores pero sí que lo tiene en asuntos controvertidos. Un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al Derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al Derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: *a)* sin justificación no hay derecho fundamental, y *b)* sin incorporación al Derecho no hay derecho fundamental. Así por ejemplo, deberá afirmar que allí donde el Derecho no reconoce derechos fundamentales los ciudadanos no los poseen.

El segundo problema del modelo dualista afecta a su virtualidad en el ámbito jurídico. En efecto, definir los derechos a través de dos perspectivas igualmente esenciales exige que exista coherencia entre ambas. No cabe describir los derechos desde un planteamiento ético a través de una serie de valores y luego abandonar éstos en el ámbito jurídico. Salvo, claro está que los valores abandonados no sean propuestos como identificadores de los derechos fundamentales. Veremos más adelante como estos problemas pueden surgir a la hora de aplicar el modelo dualista al ámbito jurídico español.

Límites de su propio concepto

El segundo tipo de límites que vamos a analizar los he denominado como límites de su propio concepto. Se trata de una serie de problemas que afectan a la misma posibilidad de construir ética y jurídicamente los derechos fundamentales. En este sentido, pueden distinguirse unos límites materiales y unos límites formales. Comenzaré refiriéndome a estos últimos.

Los límites formales hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de ser integrada en el Derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). En virtud de estos límites no cabría defender la existencia del derecho de resistencia, tal y como ha señalado el profesor Peces-Barba en su *Curso de derechos fundamentales* ¹⁰.

¹⁰ Citado, p. 96.

Los que denomino como límites materiales han sido también expuestos por Peces-Barba en la descripción de la que llama «visión integral de los derechos»¹¹. Estos límites no hacen referencia a la eficacia del reconocimiento jurídico de los derechos sino más bien a la posibilidad material de que a través de éste se satisfagan los bienes o necesidades que están detrás. El problema de la escasez sirve para caracterizar de forma general estos límites. Así, en virtud de los límites materiales no cabría defender la existencia de un derecho fundamental que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón de la escasez.

Ahora bien, conviene detenerse, aunque sea brevemente, en este tipo de límites. En primer lugar, hay que aclarar que no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda la ética y la jurídica. Al contrario parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético, en el sentido de que no parece que debiera reconocerse como pretensión moral justificada algo que no fuese susceptible de generalización¹².

En segundo lugar, y esto es lo más importante, parece necesario determinar qué escasez es la que debe tomarse como referencia. En este sentido, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural¹³. Así, por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto derecho a no contraer nunca una enfermedad¹⁴. Los límites materiales expresan así una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural.

Desde estas observaciones, los ejemplos a los que alude Peces-Barba, a saber, el derecho al trabajo y el derecho de propiedad, no son susceptibles

¹¹ Vid. su *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 95 y ss.

¹² Igual que ocurre en el ámbito jurídico, parece, al menos desde la perspectiva ética que aquí se asume, que la generalización es uno de los criterios esenciales del ámbito ético (lo que no es otra cosa que operar a través del principio de universalización kantiano).

¹³ Es importante distinguir entre escasez natural y real, es decir, entre la que existe naturalmente y la que creamos. Como señala Ferenc Feher: «La prueba más importante para sustentar esta afirmación es el fiasco malthusiano. Muchas veces excedemos actualmente el nivel de la producción malthusiana respecto al crecimiento poblacional, y sin embargo, producimos un número de comestibles más que suficientes para la supervivencia de la humanidad. Si existe hambre en nuestro mundo, es porque ha sido provocada artificialmente, y no causada por "escasez natural"». «El socialismo de la escasez», trad. de S. Alvarez, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, p. 64.

¹⁴ Como puede observarse, esta dimensión se parece enormemente a una de las exigencias que ha acompañado siempre al Derecho positivo y que hace referencia a la prohibición de mandar cosas imposibles.

de integrar en estos límites sin matizaciones. En efecto, la no generalización del trabajo y de la propiedad no son originadas por una escasez natural. Parece más bien, que detrás de esa falta de generalización se sitúa algún otro bien que es considerado como más relevante y que produce la falta de justificación ética o su presencia en relación con estos derechos ¹⁵. Así, por ejemplo, puede afirmarse que desde un punto de vista ético la libertad y el trabajo sean bienes a proteger. Ahora bien, y siguiendo en este plano, pueden aparecer problemas a la hora de generalizar ambos bienes de manera que nos veamos obligados a optar por alguno de ellos, lo que conllevaría a su vez a negar la justificación del otro por su imposible generalización. El razonamiento parece impecable, pero lo que hay detrás no es una escasez natural sino un problema de elección ¹⁶.

Un ejemplo servirá para ilustrar la reflexión. Imaginemos un planeta en el que el 60 por 100 de su población fuesen mujeres y el 40 por 100 hombres. Un supuesto derecho a contraer matrimonio (que estuviese justificado éticamente) no sería problemático y podría ser generalizable. Sin embargo, sí que habría dificultad en relación con un derecho de este tipo siempre y cuando estuviese prohibido el divorcio, un segundo matrimonio y el de personas del mismo sexo. Ahora bien, no cabe afirmar aquí que esta dificultad es motivada por la escasez, o al menos sólo por ella. Más bien, lo que hay aquí es una escasez producida, entre otras cosas, por una serie de principios que condicionan ese supuesto derecho. Realmente, la escasez natural existiría en relación con un supuesto derecho de las mujeres a contraer matrimonio con personas no casadas nunca y de diferente sexo.

Límites de su titularidad

Un tercer tipo de límites de los derechos se proyectan en su titularidad. El tema ha sido apuntado en el epígrafe anterior si bien aquí cobra nuevas dimensiones. Tradicionalmente los derechos fundamentales fueron presentados

¹⁵ Aunque esto se haga apoyándose en la realidad jurídica. Vid. en este sentido la Sentencia 225/93, de 8 de julio, fj. 3.º, que configura a la libertad de empresa, del artículo 38 de la Constitución, como garantía institucional.

¹⁶ Vid. J. ANSUATEGUI: «Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos», en *Estado & Direito*, núms. 7-10, 1991-92, pp. 147 y ss. Por otro lado, es necesario diferenciar entre escasez y desabastecimiento, siendo conscientes que los problemas suscitados por desabastecimiento son susceptibles de solucionar en el mercado. Vid. F. FEHER: «El socialismo de la escasez», cit., pp. 57 y ss.

y configurados como universales. Sin embargo, esta característica ha desaparecido o, al menos, ha modificado su sentido.

Conviene señalar desde el principio que la ausencia o cambio de sentido de la universalidad no implica necesariamente, como podría parecer atendiendo a las reflexiones efectuadas anteriormente, una falta de justificación ética. La carencia de la nota de la universalidad no debe identificarse con la de la generalización tal y como tendremos ocasión de describir a continuación. El problema, sin embargo, está presente en el examen de las razones de algunos de estos límites. Me referiré brevemente a cuatro.

El primero de ellos surge en el llamado proceso de especificación ¹⁷. Algunos derechos fundamentales afectan exclusivamente a ciertos colectivos (niños, mujeres, ancianos, minusválidos, etc.). La nota de la generalización permanece (pertenecen a todos los ancianos, todas las mujeres, etc.), y la especificación se relaciona con supuestas situaciones de desventaja respecto a determinados bienes que otros colectivos tienen satisfechos o protegidos a través de ciertos instrumentos.

El segundo de los límites se produce por la ocupación de determinados papeles jurídicos que implican la limitación en la titularidad de ciertos derechos. Es el caso, por ejemplo de los jueces y la objeción de conciencia ¹⁸, de los militares ¹⁹, etc. La generalización sigue estando presente y el problema de las razones de la limitación, que pueden ser ciertamente cuestionadas, disminuye con el carácter voluntario de la adopción de ese papel, salvo, por ejemplo, en el caso del cumplimiento del servicio militar.

El tercero de los límites se refiere a la distinción entre personas físicas y jurídicas. Aunque en principio no deben establecerse limitaciones entre ambos tipos de personas, existen algunos derechos que por razones obvias no pueden ser poseídos por las personas jurídicas (libertad personal, intimidad familiar, vida, integridad física, etc.) ²⁰. Hecha esta salvedad puede afirmarse que no hay distinción alguna en la titularidad de los derechos en el caso de las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, si bien en el caso

¹⁷ Sobre el mismo, *vid.* N. BOBBIO: «El tiempo de los derechos», en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 y 110. *Vid.* también mis reflexiones al respecto en «Bobbio y los derechos humanos», en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, ed. de A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 178 y 179.

¹⁸ Al respecto puede consultarse mi trabajo «Juez y objeción de conciencia», en *Sistema*, núm. 113, marzo 1993, pp. 57 y ss.

¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 21/81, de 15 de junio.

²⁰ *Vid.* las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/83, de 14 de marzo, y 137/85, de 17 de octubre.

de las primeras los derechos pueden no tener el mismo significado y alcance (esto es, puede ser más reducido) ²¹.

El cuarto tipo de límites afecta a la distinción entre nacionales y extranjeros. El examen del mismo servirá para demostrar como esta distinción no encuentra justificación alguna desde una teoría ética que se mueva en la idea de la generalización. No obstante, es evidente que la diferenciación se mantiene en el plano jurídico y que puede defenderse que la generalización se produce respecto a los nacionales. Ahora bien, coherentemente con esto habría que admitir que los derechos fundamentales no son derechos de las personas en general sino de los nacionales. La distinción entre nacional y extranjero debería aparecer siempre a la hora de caracterizar este tipo de instrumentos ²².

2.1. La distinción nacionales-extranjeros

La distinción nacional-extranjero acompaña al Derecho moderno. En nuestro Ordenamiento, parte del artículo 13, 1, de la Constitución. Desde esta disposición tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en señalar tres categorías de derechos fundamentales en lo que atañe a los extranjeros (reducibles a dos). Para su exposición nos apoyaremos en un reciente trabajo del profesor Javier de Lucas, titulado «Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?» ²³.

En este trabajo el profesor de la Universidad de Valencia ha hecho referencia a dos categorías de derechos apoyándose en la jurisprudencia cons-

²¹ Vid. las Sentencias 64/88, de 12 de abril, y 197/88, de 24 de octubre, del Tribunal Constitucional. Vid. también, aunque no en idéntico sentido, J. L. CASCAJO y V. GIMENO: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 108.

²² Toda esta reflexión sobre la universalidad puede contestarse desde la distinción entre universalidad racional, temporal y espacial, llevada a cabo por Gregorio Peces-Barba, y más concretamente por su diferenciación entre universalidad a priori y a posteriori. Vid. su interesante trabajo «La moralidad de los derechos humanos», en *Tiempo de Paz*, núms. 29-30, 1993, pp. 10 y ss. Para el profesor Peces-Barba la universalidad de los derechos afecta a su dimensión moral, es decir, a una característica de las pretensiones morales justificadas, que puede faltar cuando nos encontremos en la dimensión jurídica. La universalidad sería pues una característica de la moralidad de los derechos. Así, no podría hablarse con corrección de la universalidad como característica de los derechos fundamentales, ya que de otra forma se estaría primando la dimensión moral sobre la jurídica, que no es otra cosa que mantener una visión iusnaturalista de los derechos. La ausencia de universalidad en el plano jurídico imposibilita la elevación de esta nota a característica de los derechos.

²³ En *Jueces para la democracia*, núm. 18, 1993. El autor ha tratado ya estos temas en otros trabajos. Puede consultarse así *Europa: ¿Convivir con la diferencia?: racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992.

titucional y en estudios de otros autores ²⁴. Por un lado estarían los derechos compartidos, que serían de dos tipos: los conectados con la dignidad humana y los que dependen de los tratados y las leyes. Por otro lado, estarían los derechos exclusivos de los ciudadanos españoles, entre los que estarían determinados tipos de sufragio, el acceso a funciones y cargos públicos que impliquen ejercicio de autoridad, la defensa y los que derivan de los beneficios del Estado asistencial y en particular el derecho al trabajo.

Así, afirma Javier de Lucas que los derechos sociales requieren un determinado soporte económico y exigencias organizativas por parte del Estado, y que por ello los ciudadanos de éste están en una situación prioritaria a la hora de establecer una jerarquía para la satisfacción de esas pretensiones ²⁵.

Desde esta configuración de la distinción entre nacionales y extranjeros en lo que se refiere a los derechos surgen algunas cuestiones que serán apuntadas sólo y de forma muy breve.

2.2. Dignidad y necesidades

En la clasificación anterior de los derechos veíamos como existían algunos que correspondían tanto a nacionales como a extranjeros y que se decía estaban vinculados a la dignidad humana. ¿Qué quiere decir esto? A primera vista parece tratarse de unos requisitos mínimos de los que dependería la existencia digna de los hombres. Se trataría de requisitos que son precondition del disfrute de los derechos. Entre éstos cabría enumerar algunos derechos individuales pero también otros relacionados con los económicos, sociales y culturales.

En efecto, parece que sin la protección de la salud, sin un determinado sustento, sin una vivienda donde cobijarse, etc., difícilmente puede hablarse de una vida digna. Sin embargo, en la clasificación anterior, se hacía referencia a un categoría de derechos, precisamente la de los derechos sociales, cuya titularidad se negaba a los extranjeros. Esto en definitiva supone la negación del disfrute real de los restantes derechos.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo las Sentencias 107/84, de 23 de noviembre; 90/85, de 30 de septiembre, y 115/87, de 7 de julio.

²⁵ *Vid.* J. DE LUCAS: «Las razones de la exclusión: ¿Qué derechos para los extranjeros?», cit., p. 41.

2.3. Dignidad y participación

Una segunda cuestión parte también de esa serie de condiciones mínimas relacionadas con la dignidad. En el punto anterior tratábamos de identificar cuáles eran éstas. No obstante, parece que, en cualquier caso, estas condiciones deben determinarse en textos normativos, y la manera de hacerlo, al menos en los sistemas de corte democrático, es a través de la participación de todos.

Sin embargo, como también señalábamos antes, los extranjeros tienen restringida esta participación. No pueden participar y por lo tanto no determinan ni el sentido ni la proyección de esas condiciones mínimas. Estas aparecen pues relacionadas con la dignidad de los nacionales.

Parece que el reconocimiento de la participación de los extranjeros residentes sería necesaria para mantener la coherencia de los planteamientos generales sobre los derechos. Puede pensarse que por encima de este reconocimiento estaría la exigencia de procurar la homogeneidad de intereses dentro de la nación ²⁶, si bien hay que ser conscientes que esto supone situar estos intereses por encima de los derechos y por tanto, colocar al Estado en un plano más alto.

2.4. Obediencia

Conocido es que la obediencia al Derecho es un problema que afecta en última instancia a su validez. En efecto, un Derecho es válido cuando es capaz de cumplir sus fines, o lo que es igual, cuando es capaz de imponerse. Esta imposición puede hacerse a través de la fuerza o por el cumplimiento de los ciudadanos. En realidad, ambas perspectivas coinciden ya que, en cualquier caso, para que el Derecho pueda imponerse por la fuerza es necesaria la obediencia al menos de los sujetos que ocupan el aparato de la coacción ²⁷.

Tradicionalmente han sido dos las grandes razones que han justificado la existencia de una obligación de obediencia: el consentimiento y el contenido. Existirían razones para obedecer al Derecho cuando se hubiese participado

²⁶ *Vid.* en este sentido, aunque en materia de sufragio en elecciones autonómicas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/87 de 20 de mayo.

²⁷ Es en esta problemática donde la reflexión sobre la justicia del Derecho se relaciona claramente con el de la validez. Para que el Derecho sea eficaz es necesario que sea cumplido y éste se cumplirá en mayor medida cuando sea considerado como justo.

en su formación directa o indirectamente, así como cuando éste tuviese unos contenidos cercanos a la idea de la justicia. Esto último puede ser concretado por dos caminos. Bien por la vía de la participación, bien el reconocimiento de ciertas pretensiones.

Pues bien, si atendemos a estas razones, podremos observar como en el caso de los extranjeros no existen argumentos que apoyen una supuesta obligación moral de obedecer al Derecho. Si nos fijamos en el contenido veremos como no disfrutaban de todos los derechos²⁸; si nos fijamos en el consentimiento observaremos sus restricciones. Cabría hablar de un consentimiento tácito, pero no constituye un argumento de peso²⁹. No debe extrañar así que, aunque en el plano lógico el Derecho esté creado para ser obedecido, nuestro artículo 9, 1, de la Constitución, al proclamar la sujeción al Derecho, se refiera sólo a los poderes públicos y a los ciudadanos.

2.5. Especificación

Nos referíamos al comienzo de la exposición de los límites de la titularidad al proceso de especificación, recalcando como el mismo se hacía a través de la utilización de criterios de peso ético. Así por ejemplo, la protección específica a ancianos se hacía atendiendo a circunstancias concretas y con el objetivo de acercarlos lo más posible a la situación de los que están en mejores condiciones para el disfrute de los derechos. Por otro lado, la especificación es un proceso que busca el mayor desarrollo de los derechos, es decir, se produce en aras de su mayor efectividad. Trata de ampliar sus titulares reales.

La distinción entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales difícilmente puede apoyarse en este proceso. En primer lugar porque no supone aplicación sino limitación (salvo que se dé la vuelta al problema y se afirme que se especifica la titularidad respecto a los nacionales). Pero además, en segundo lugar, porque difícilmente cabe defender que la nacionalidad sea una razón de peso moral.

²⁸ Soy consciente de que estamos pasando por alto algunos asuntos sobre los que deberíamos detenernos, tales como la relación derechos fundamentales-justicia. Sin embargo, esta problemática alargaría en exceso el trabajo, por lo que se presumirá que existe esa conexión.

²⁹ Vid. mi libro *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 336 y ss.

Sin entrar en la posible relación entre «nacional» y algo que ha sido denominado por algunos como «identidad nacional», que no se sabe muy bien que es, podría hablarse de la nacionalidad como un argumento que poseería un peso ético indirecto, a través de su relación con la idea del compromiso en la organización o también a través del rechazo al «hombre aprovechado». Sin embargo, no se trata de ideas fuertes. En primer lugar porque el compromiso en la organización como condición del disfrute de los derechos parece situar al Estado por encima de éstos, lo que desvirtúa su sentido (al menos parte del sentido teórico). En segundo lugar, porque no hay una conexión lógica entre «nacional» y «comprometido con la organización» ni entre «nacional» y «hombre no aprovechado».

2.6. La escasez

Uno de los argumentos que se esgrime en la justificación de la distinción entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales se relaciona con la escasez. Este es quizá el argumento que aparece como telón de fondo de la distinción. Se afirma que algunos de los derechos fundamentales son de difícil satisfacción dadas las condiciones de escasez, por lo que habría que establecer criterios de distribución.

Ya advertimos en otro punto del trabajo como la utilización de la dimensión de la escasez presenta una serie de matices que vuelven a cobrar aquí relevancia. Habrá que analizar si estamos ante una escasez natural o no, y en caso negativo ser conscientes de que lo que hay es más bien una elección entre valores o entre derechos.

Dejando a un lado este problema, entiendo que las razones que apoyan el argumento en torno a la escasez tampoco son justificatorias de la distinción. Estas nos conducen a uno de los puntos presentes en el tratamiento de los otros temas: la contribución al gasto público. Parece que es esta exigencia la que está detrás de la distinción y la que justificaria (fuera de los razonamientos que aluden al orden público o a la seguridad, que por otro lado pueden peligrar también por la acción de los nacionales) el trato desigual. Sin embargo, su adopción tiene consecuencias un tanto sorprendentes. Citaré tres: *a)* Si sujeto extranjero paga, entonces poseería derechos sociales; *b)* Si un sujeto cualquiera tiene satisfechas sus necesidades no tiene por qué pagar; *c)* Los derechos individuales son derechos de todos; los sociales sólo de los que pagan.

Límites de su ejercicio

El problema de los límites del ejercicio de los derechos es ya un tema clásico en el que no me voy a detener. Aunque en un principio estos derechos fueron concebidos como absolutos, no parece que esta caracterización sirva en la actualidad.

Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales son derechos limitados ³⁰. Básicamente, estos límites están en el ejercicio de otro derecho o también en otros bienes constitucionales ³¹. No es posible, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos que afecte a esta temática, ya que se trata de un problema a resolver en cada caso concreto ³².

Así no cabe por ejemplo argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y por lo tanto menos limitado, ya que ésta es el presupuesto de los restantes. Todo ello dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales, como por ejemplo la libertad. Si en cambio, cabría por ejemplo, argumentar, apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en favor de la mayor fuerza de la libertad de información, considerada en ocasiones como libertad preferente ³³. Ciertamente, esta consideración es compartida por los derechos del artículo 20 de la Constitución ya que, como también ha señalado el Tribunal Constitucional, estos contribuyen a la formación de la opinión pública que es uno de los pilares de la sociedad libre y democrática al poseer una carácter irradiante sobre las otras libertades ³⁴. Ahora bien, no hay que pasar por alto que esta consideración está dando un sentido instrumental a las libertades, con lo que para averiguar si cabe establecer algún tipo de jerarquía entre los derechos, tendríamos que indagar su proyección, es decir, aquello para lo cual se cons-

³⁰ Vid. por todas la Sentencia 91/83, de 7 de noviembre.

³¹ Vid. L. AGUIAR: «Los límites de los derechos fundamentales», cit., pp. 27 y ss.

³² Ciertamente, en la jurisprudencia constitucional hay algunos derechos que han sido destacados por su importancia. Es el caso de la libertad de información o de la libertad de empresa. Vid., por ejemplo, las Sentencias 159/86, de 12 de julio, y 225/93, de 8 de julio.

³³ Vid., por ejemplo, la Sentencia 165/87, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³⁴ Vid. las Sentencias 104/86 y 107/88 del Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de abril de 1980 (Ref. Aranzadi 1483) habla del «derecho de expresión y difusión del pensamiento como derecho natural y fundamental de la persona acatado con el criterio liberal del sistema político-social que recoge la vigente Constitución».

tituyen en instrumento. Un análisis rápido de las decisiones anteriores nos llevaría a conectar estas libertades con la libertad positiva, pero además también con la libertad negativa. Incluso dentro de esta última podríamos concretar su relación en la libertad ideológica. No en balde, la Sentencia 20/90 del Tribunal Constitucional ha declarado que la preponderancia de estas libertades deriva de su directa conexión con la libertad ideológica ³⁵. A pesar de todo lo anterior, pueden presentarse argumentos teóricos que contradigan esa posible supremacía de las libertades en cuestión.

Una última cuestión merece ser traída a colación. Sabemos que los derechos poseen un referente ético. Desde este punto de vista se constituyen en contenidos éticos incorporados al Derecho, es decir, forman parte de lo que se ha denominado como moral legalizada. Dentro de esta moral legalizada los derechos expresarían sus contenidos principales. Es decir, serían los criterios básicos de moralidad incorporados al Derecho. Ahora bien, aunque sea posible afirmar esto desde un punto de vista teórico, existen algunas decisiones del Tribunal Constitucional que parecen pronunciarse en sentido diferente. Para el Tribunal existen contenidos de moralidad distintos a los de los derechos y que pueden limitar a estos. Un ejemplo de una argumentación de este tipo se refleja en la Sentencia 62/82, de 15 de octubre, relativa a un caso de pornografía en donde el Tribunal afirma que la moral pública (entendida como elemento ético común de la vida social susceptible de concreciones diferentes, según las distintas épocas y países) puede ser límite de los derechos. Desde este punto de vista los derechos se constituyen en los criterios básicos de moralidad pero susceptibles de limitación a través de otros criterios de semejante índole. Por tanto, la moralidad del Derecho no coincidiría totalmente con los contenidos de los derechos fundamentales ³⁶.

Límites de su significado

Cuando hablo de límites del significado de los derechos no estoy haciendo referencia a problemas que surgen a la hora de caracterizar a algo como derecho fundamental, sino a los posibles límites que tienen esos derechos

³⁵ Lo que recuerda la tesis mantenida por Luis Prieto en relación con la norma de clausura del sistema de libertades. *Vid.* su libro *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 153 y ss.

³⁶ No obstante lo anterior, es difícil argüir en favor de unos contenidos de moralidad pública diferentes a los de los derechos. Más bien la cuestión apunta a un problema de colisión de derechos.

desde una perspectiva ideológica, es decir, a lo que podríamos denominar como límites de su fundamentalidad o de su proyección. Me referiré, muy brevemente, a dos tipos de límites que poseen este sentido.

El primero de los límites se está convirtiendo ya en un clásico de los derechos y se refiere al problema de su dimensión cultural. No cabe negar que los derechos fundamentales aparecen conectados a una determinada cultura y que es en ella donde cobran sentido. Sin embargo cabe preguntarse sobre su universalidad ³⁷. En principio puede parecer que los derechos fundamentales son sólo entendibles dentro de cierta cultura.

El segundo de los límites se refiere al valor de uno de los derechos fundamentales que puede servir como descriptor de su sentido. Se trata de la libertad ideológica y de conciencia ³⁸. A partir de ella se ha justificado, especialmente desde un punto de vista doctrinal, la posibilidad de desobedecer las normas jurídicas amparándose en motivos de conciencia. El problema de los límites incidiría precisamente en la fijación del alcance de esa desobediencia. Parece evidente que el Estado no va a permitir todo tipo de desobediencia. Existen una serie de obligaciones vinculadas a la supervivencia del Estado que difícilmente pueden ser integradas en esa perspectiva. Igualmente pueden proponerse la existencia de una serie de límites en lo que atañe a su proyección en otros derechos fundamentales.

Límites de su plasmación jurídica

Los límites de la plasmación jurídica de los derechos afectan a uno de los problemas que señalábamos al comienzo del trabajo referente a la posición dualista. Decíamos allí, que esta aproximación, que por otro lado es la que mejor describe los derechos, presenta un límite derivado de su correspondencia con el mundo jurídico, concretamente con el ordenamiento español. Lo expondremos brevemente.

La dimensión ética del modelo dualista suele estar apoyada en el valor libertad en sus distintas vertientes: negativa, positiva y real ³⁹. Esta última es concebida como libertad para poder llevar a cabo los contenidos de los

³⁷ Vid. el reciente trabajo de G. PECES-BARBA: «La universalidad de los derechos humanos», cit.

³⁸ Sobre la importancia de este derecho vid. L. PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 153 y ss.

³⁹ Sobre los sentidos de la libertad, vid. G. PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 184 y ss.

otros tipos de libertades, por lo que parece ser un requisito previo de su disfrute. Coherentemente con esto, el Derecho debería proteger en primer lugar los contenidos de esta libertad. Ahora bien, si examinamos cual ha sido la configuración jurídica de los derechos pertenecientes a la vertiente de la libertad que se he venido denominando como libertad real, veremos como ha ocurrido todo lo contrario.

Ciertamente puede pensarse que la determinación de estos contenidos nos corresponde a todos y que si todos decidimos otorgar menos fuerza a unos derechos que a otros no se produciría ninguna contradicción en el modelo dualista. Sin embargo, el problema sigue estando presente. Tal vez sea esa la única solución, pero dejar que sea la mayoría la que decida los contenidos de la libertad real es algo que puede resultar incoherente ⁴⁰. Precisamente la libertad real trata de corregir desigualdades dotando de medios a los que no los tienen, que suelen ser los sectores minoritarios. El problema principal radica en determinar cuales son esas desigualdades y como combatirlas. Si dejamos que sea la mayoría quien lo determine, podrá ocurrir que la minoría nunca vea satisfechas sus necesidades ⁴¹. Ahora bien, puede ser peor que sean las minorías quienes lo hagan.

Otro límite de la plasmación jurídica, también presente en el modelo dualista aunque no exclusivamente en él, se proyecta en la protección de los derechos. La reflexión ética sobre los derechos no hace, en principio, distinción entre sus titulares, sobre todo en lo que afecta a la protección. En efecto, aunque haya derechos cuya distribución sea diferente, la protección no puede ser distinta. Ahora bien, en el ámbito jurídico, el principal mecanismo judicial de protección de los derechos se circunscribe a las relaciones entre particulares y poderes públicos. En este sentido, sería necesario integrar esta reflexión en el ámbito conceptual, manteniendo la clásica formulación de los derechos como límites al Poder. Todo ello a pesar de los problemas de esta fórmula ⁴².

⁴⁰ Pueden señalarse muchas razones a la hora de plantear el porqué de la regulación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero una de ellas puede ser que se trate de derechos que la mayoría tenemos satisfechos por lo que dar una protección mayor no tendría sentido y, sobre todo, nos restringiría algunos ámbitos de libertad. Ahora bien, el problema está en que precisamente esos derechos están ahí para favorecer a los que no tienen ciertas necesidades o bienes satisfechos. De otra manera no tendríamos más remedio que afirmar, por ejemplo, que el derecho al trabajo es el derecho que poseen los trabajadores o que el derecho a la vivienda es el que tienen los que poseen una vivienda.

⁴¹ O que se actúe sobre necesidades rentables, dejando las no rentables. *Vid.* F. FEHER: «El socialismo del trabajo», cit., p. 67.

⁴² *Vid.* mi libro *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Debate, Madrid, 1992.

Puede ser citado otro límite, fuera ya de la reflexión interna del modelo dualista, dentro de este grupo, que afecta a la configuración del derecho a la objeción de conciencia llevada a cabo por nuestro Tribunal Constitucional ⁴³, y que sirve para desmentir la idea extendida de que sólo a través de la actuación del legislativo pueden imponerse límites a los derechos ⁴⁴. En efecto, si atendemos a lo que podríamos denominar como requisitos de configuración de la objeción de conciencia, convendremos en que la misma requiere tres elementos: a) existencia de una obligación jurídica; b) presencia de una norma (entendida en sentido amplio) que permita no cumplir esa obligación, que es lo mismo que existencia de un apoyo jurídico; y c) necesidad de probar que está en juego la integridad de la conciencia ⁴⁵. Sin embargo, en nuestro Derecho, a través de la actuación del Tribunal Constitucional parece haberse añadido un cuarto elemento que matiza los anteriores: es necesario renunciar a un derecho fundamental (el derecho a no declarar sobre tu ideología).

Así, desde un punto de vista doctrinal, la objeción de conciencia podría fundamentarse en el artículo 16 de la Constitución, por lo que jugaría de lleno el derecho a no declarar sobre la propia ideología. En este sentido, el objetor no tendría que justificar su objeción sino que sería el Estado quien tendría que demostrar la inexistencia de razones de conciencia. En cambio, desde la configuración del Tribunal Constitucional, la objeción no podría ya vincularse al artículo 16. El objetor tendría que renunciar precisamente a este derecho, por lo que la norma legitimante de la objeción sería en el caso español el artículo 30.2 del texto constitucional. De esta forma, se ha limitado la configuración doctrinal de este derecho ⁴⁶, dato a tener en cuenta a la hora de examinar el reconocimiento de otras formas de objeción por parte del Tribunal ⁴⁷.

⁴³ En su determinación y significado me han servido de gran ayuda las observaciones de Rafael Escudero Alday.

⁴⁴ Se trata de una idea muy extendida. *Vid.*, por ejemplo, L. AGUIAR: «Los límites de los derechos fundamentales», cit., p. 13. Sin embargo, aunque desde un punto de vista teórico esto pueda ser cierto, no lo es en la práctica.

⁴⁵ Este último requisito puede ser rechazado por algunos, pero entiendo que la aceptación del incumplimiento supone ya de por sí la presunción de que se ha probado la actuación en conciencia. Es decir, cuando se acepta la objeción se hace porque se piensa que existen (se ha demostrado que existen, de la manera que sea dentro del Ordenamiento jurídico) motivos de conciencia.

⁴⁶ Ciertamente no puede afirmarse sin reservas que en la actualidad la regulación de la objeción exiga declarar sobre la propia ideología. Basta con señalar que se trata de razones morales, religiosas, éticas o filosóficas, lo que ciertamente lleva a apuntar el tipo de ideología y en principio a rechazar ciertos móviles. Sin embargo esto no está del todo claro dada la amplitud de estas razones.

⁴⁷ En efecto, en virtud de la construcción llevada a cabo por el Tribunal, sólo cabría el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar.

Por último, puede también proponerse como ejemplo de estos límites la configuración jurídica del derecho a la vida. En efecto, a la hora de plantearse el sentido de este derecho podremos hacerlo desde diferentes variantes. Así, por ejemplo, puede relacionarse con la idea de libertad negativa o puede concebirse como expresión de la libertad real o promocional. Desde el primer punto de vista, se trata de un derecho que exige la no intervención de ningún otro, por lo tanto conllevaría el derecho a disponer de la vida. Desde el segundo punto de vista, se trata de un derecho a exigir una determinada actuación de otros tendente a proteger un bien determinado. Nuestro Tribunal Constitucional, ha optado por esta segunda configuración ⁴⁸, lo que limita la extensión del derecho.

Límites de los sujetos obligados

El último límite que vamos a mencionar aquí incide en una problemática similar a la tratada al final del punto anterior. En efecto, hablamos antes de la imposibilidad de acudir al amparo por la violación de un derecho fundamental llevada a cabo por un particular. En este punto, la problemática gira en torno a la posibilidad o no de vincular la perspectiva obligacional de los derechos al ámbito privado.

Cuando hablamos de perspectiva obligacional de los derechos podemos estar haciendo referencia a dos cosas. En primer lugar a la situación jurídica correlativa que puede presentar todo derecho fundamental ⁴⁹. En segundo lugar, a aquellas obligaciones jurídicas que con carácter general exigen el respeto de los derechos fundamentales ⁵⁰. El límite que estamos aquí tratando se refiere a esto segundo.

La existencia de una obligación de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales cobra sentido a través del mandato constitucional del 9.1 (sujeción de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento). En virtud de esta disposición existe una obligación de no transgredir el Derecho, y por tanto, de no transgredir los derechos fundamentales (obligación de no hacer). En este sentido, no parece haber limitación alguna en los sujetos obligados.

⁴⁸ Vid. su Sentencia de 27 de junio de 1990.

⁴⁹ Vid. M. ATIENZA: «Una clasificación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, número 4, Madrid, 1988-89, pp. 36 y ss.

⁵⁰ Vid. mi libro *Deberes y obligaciones en la Constitución*, cit., especialmente pp. 362 y ss.

Ahora bien, cabe argumentar también en favor de la existencia de una obligación de favorecer el ejercicio y disfrute de los derechos (obligación de hacer), que estaría también apoyada en el artículo 9.1 y sería expresión de la obligación de actuar en conformidad con los derechos. En relación con ésta es donde puede aparecer la problemática de los límites, ya que los sujetos obligados serían exclusivamente los poderes públicos y no los ciudadanos. En efecto, parece que esta actuación positiva estaría apoyada en lo dispuesto por el artículo 9.2 de la Constitución que va dirigido a los poderes públicos. Así serían sólo estos los que poseerían esta obligación positiva de actuación en conformidad con los derechos ⁵¹.

Sin embargo, creo que estos límites son superables. Puede ocurrir, por ejemplo, que el ámbito en el que deban satisfacerse esos bienes y necesidades no esté en manos de los poderes públicos, por lo que sean los privados los que tengan que actuar en aras a su favorecimiento. Ciertamente el problema vuelve a presentarse como un asunto de elección entre valores o entre derechos. Pero puede argumentarse que si un determinado derecho para su satisfacción necesita de la actuación de los privados, las medidas para hacer esta efectiva estarían justificadas ⁵².

Por otro lado, hay un dato que no hay que pasar por alto y que se proyecta en la tarea de la interpretación jurídica. Sabido es que desde la proclamación de la Constitución han surgido una serie de criterios de interpretación que matizan o concretan los clásicos del 3.1 del Código Civil. Entre estos criterios, el más importante es el de la interpretación favorable a los derechos fundamentales, que ha sido numerosas veces destacado por nuestro Tribunal Constitucional ⁵³. En este sentido, este criterio preside toda la actividad de los operadores jurídicos (que no son sólo los poderes públicos) y en todos los ámbitos jurídicos (no sólo en el ámbito del Derecho público sino también en el privado).

En un momento como el actual, en el que se cuestiona el sentido del Estado Social, el establecimiento de obligaciones de hacer para la satis-

⁵¹ Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 101/83, de 18 de noviembre, y 53/85 de 11 de abril. Vid. también L. PRIETO SANCHIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 82 y 83.

⁵² Vid., por ejemplo, el auto del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1991, en donde se apunta la posible existencia de una obligación por parte de los empresarios de facilitar el ejercicio del sufragio a sus trabajadores. Vid., sobre el tema, mi trabajo «Reflexiones sobre el deber y la obligación», en *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en homenaje al prof. Francisco Puy Muñoz*, tomo I, 1991, pp. 21 a 36.

⁵³ Vid., por todas, la Sentencia 69/84, de 11 de junio.

facción de los derechos cuyos titulares son privados cobra especial relieve. La cuestión parece importante. Seguramente, su comprensión requiera modificar los moldes de la educación y sea sólo a través de ella por donde la vinculación de los privados a la satisfacción generalizada de los derechos pueda ser convertida en realidad.

